

CUARTO.- No estimándose necesaria la celebración de vista pública para la resolución del presente recurso, quedó en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, lo que se ha cumplido el día diecinueve de abril de dos mil diecisiete.

QUINTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los Fundamentos de Derecho de la Sentencia de instancia, en los términos de esta resolución.

PRIMERO.- Antecedentes y objeto del recurso.-

1.- La demanda planteada por ●● ●●●●●●●●●●●●●●●●●● en reclamación de cantidad frente a la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., interesaba dictar sentencia por la que se condenare a la demandada a que le abonara la cantidad de ●●●●●●● euros, en concepto de daños y perjuicios y los intereses legales conforme a lo dispuesto en la DA 1ª de la Ley de Ordenación de la Edificación y los procesales en los términos previstos en el artículo 575 de la Ley 1/200, de Enjuiciamiento civil, desde la interposición de la demanda, todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada.

2.- La parte demandada solicita previamente la suspensión del procedimiento por concurrencia de prejudicialidad penal y falta de legitimación pasiva, ligada al fondo del asunto, oponiéndose a continuación a la misma en base a los hechos y fundamentos que consideró de aplicación, finalizando con la súplica dirigida al Juzgado de que de acuerdo con lo interesado en el cuerpo de su escrito se dictara auto acordando el archivo o suspendiendo el procedimiento estimando las excepciones procesales formuladas o, subsidiariamente y tras los trámites de rigor, se dictara sentencia desestimando íntegramente la demanda y todo ello

con expresa imposición de costas a la actora por su evidente temeridad y mala fe en la interposición de este pleito.

3.- La sentencia de instancia, previa desestimación de la cuestión prejudicial penal interesada, estima la demanda, al considerar, a modo de síntesis, que <<... *la aplicación de la línea inspiradora de esta doctrina jurisprudencial al presente caso determina que proceda la estimación de la demanda, porque la «responsabilidad» que el art. 1-2ª de la Ley 57/1968 impone a las entidades de crédito desmiente su carácter de terceros ajenos a la relación entre comprador y vendedor. Antes bien, supone la imposición legal de un especial deber de vigilancia sobre el promotor para que los ingresos en la única cuenta que tenga con la entidad, especialmente si provienen de particulares como en este caso, sean derivados a la cuenta especial que el promotor deberá abrir en esa misma o en otra entidad pero, en cualquier caso, constituyendo la garantía que la entidad correspondiente habrá de «exigir». En suma, se trata de una colaboración activa de las entidades de crédito porque de otra forma bastaría con recibir los ingresos de los compradores en una sola cuenta del promotor, destinada a múltiples atenciones, para que el enérgico e imperativo sistema protector de los compradores de la Ley 57/1968 perdiera toda su eficacia. Por esta razón, porque la demandada supo o tuvo que saber que los compradores estaban ingresando cantidades a cuenta del precio de las viviendas de la promoción, tenía la obligación legal de abrir una cuenta especial y separada, debidamente garantizada, y por no haberlo hecho incurrió en la responsabilidad específica que establece el art. 1-2ª de la Ley 57/1968.*

El anterior hecho, es decir, que la demandada supo o debió saber que los compradores estaban ingresando cantidades a cuenta del precio en la cuenta designada en el contrato, abierta en sus dependencias, resulta en el presente caso a la vista de la declaración prestada por ██████████ ██████████ que fue director de la sucursal sita en el Pº de la Castellana, ante el Juzgado de Instrucción nº 4 de Madrid, que ha sido aportada como documento nº 5 de la demanda, y de la que resulta que sabía que las cantidades que se ingresaban en dicha cuenta eran para construir y que el objeto social de BITANGO era la promoción y construcción y el de la comunidad de bienes Sanchinarro era el de la construcción; del mismo modo y ante el Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Madrid (Procedimiento Ordinario nº 196/2014), según sentencia aportada como documento nº 2 de la demanda, ██████████ reconoció saber que los hermanos ██████ constituían

comunidades de bienes para la promoción inmobiliaria (ver fundamento de derecho segundo).

En definitiva, procede aplicar la doctrina jurisprudencial fijada por la mencionada STS 733/2015, a cuyo tenor: «En las compraventas de viviendas regidas por la Ley 57/1968 las entidades de crédito que admitan ingresos de los compradores en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía responderán frente a los compradores por el total de las cantidades anticipadas por los compradores e ingresadas en la cuenta o cuentas que el promotor tenga abiertas en dicha entidad ». La demanda, en consecuencia, ha de ser estimada, ascendiendo la condena a la cantidad que consta abonada a tenor de los documentos adjuntados a la demanda con sus intereses legales, que serán los previstos en la DA 1ª de la LOE desde la interposición de la demanda por haberse así solicitado, sin perjuicio de la aplicación desde la fecha de la presente sentencia de los determinados en el artículo 576 de la LECv.>>., todo ello en los términos concretos que refleja el antecedente de hecho primero de esta resolución, que se corresponde con la parte dispositiva del mismo.

4.- El recurso planteado por la representación procesal del BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. se fundamenta, a modo de síntesis comprensiva de las alegaciones formuladas en el escrito de interposición, y previa exposición de los antecedentes de la sentencia, en los siguientes motivos:

1º) Condición de auto-promotor de la actora apelada y no condición de consumidora.

2º) Inexistencia del carácter de cuenta especial de la cuenta nº 00257058000001505 hoy cuenta nº 00257058000001505.

3º) Efectivo ingreso de todas las cantidades abonadas en la cuenta corriente objeto de debate nº 00257058000001505, hoy cuenta nº 00257058000001505.

4º) Inexistencia de obligación de abrir una cuenta especial y exigir avales.

5º) Obligatoriedad de devolver por el Banco a la actora, aquellas cantidades no ingresadas en la cuenta de la comunidad nº 00257058000001505, hoy cuenta nº 00257058000001505.

Se solicita la revocación de la sentencia, dictando otra por la que se desestime la demanda interpuesta, o subsidiariamente sólo en relación a las cantidades efectivamente ingresadas en las cuentas corrientes de titularidad de la C.P. de San Chinarro en la Sucursal del Banco Castilla, hoy Banco Popular, con imposición de costas a la demandante en ambas instancias.

5.- De contrario se interesó la confirmación de la Sentencia, de acuerdo, en lo sustancial, con los argumentos de la misma, con imposición de costas a la apelante.

SEGUNDO.- Motivo primero del recurso: *Sobre la condición de auto-promotor de la actora apelada y no condición de consumidora.*

1.- **Hechos probados**.- De la valoración de la prueba practicada, que comprende la documental aportada y el juicio celebrado en las presentes actuaciones, se considera acreditado que:

- a) El 19 de noviembre de 2007 la ahora demandante [REDACTED] suscribió con la mercantil BITANGO PROMOCIONES S.L., gestora de la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS SANCHINARRO COMUNIDAD DE BIENES, contrato de adhesión a la promoción inmobiliaria que se iba a desarrollar en Sanchinarro, parcela TR 29 A2 del PAU II, donde se pretendía construir un edificio que albergaría 121 viviendas, determinando que la aportación total ascendería a [REDACTED] euros, de los que 3.000 fueron entregados antes de la firma, [REDACTED] en el momento de la firma, y los [REDACTED] más [REDACTED] en concepto de IVA restantes se abonarían en sucesivos plazos en la forma indicada en el contrato.
- b) En virtud de la estipulación sexta del contrato, el comunero facultó a BITANGO PROMOCIONES para gestionar en nombre de la Comunidad de Propietarios cuantas licencias, permisos, créditos y, en definitiva, ejercitara cuantas facultades fueran precisas para llevar a buen fin la edificación referida, en particular, se encargó también a la gestora la tramitación de un crédito hipotecario, en condiciones competitivas de mercado, que permitiera la financiación de la cantidad de la propia propiedad separada que se trataba de adquirir.

57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (Vigente hasta el 1 de Enero de 2016), los supuestos de legitimación activa y pasiva, como el cuestionado en el presente caso; y así, efectivamente, en el caso presente, la actora en su condición de cooperativista mantenía intactas sus facultades tuitivas en cuanto a dicho aseguramiento de cantidades, pues era evidente la equiparación entre la figura de la gestora y la del promotor, siendo la primera la encargada de captar comuneros gestionando la participación en la comunidad, de acuerdo con la estipulación quinta, de redactar los contratos de adhesión y, a tenor de los mismos, de adquirir las parcelas descritas en el contrato o cualquier otra necesaria para el desarrollo de la comunidad, determinar el grado de participación de cada comunero en el conjunto (estipulación primera y cuarto); gestionar en nombre de la comunidad cuantas licencias, permisos, créditos y, en definitiva, ejercitare cuantas facultades fueran precisas para llevar a buen fin la edificación referida (estipulación sexta); requerir los pagos correspondientes a los comuneros (estipulación séptima), y negociar el contrato de ejecución de obra; en definitiva, la gestora prestaba los servicios de administración, dirección y control percibiendo por ello una remuneración que se convino en un 15% de la aportación total.

Por todo ello, como subraya la sentencia apelada, y confirma esta Sala, desarrollaba las funciones inherentes a la promotora a tenor del artículo 9 de la LOE (decidir, impulsar, programar y financiar, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título) y, en todo caso, según señala la doctrina jurisprudencial, paralelamente también asumía la obligación de entregar las viviendas en perfectas condiciones de acuerdo con el contrato de gestión que vincula a la misma con la Cooperativa, dando por reproducida la doctrina y jurisprudencia de la sentencia apelada, en concreto las Sentencias de la AP Madrid, Sec. 11.ª, 78/2010, de 8 de febrero, ó AP León, Sec. 1.ª, 160/2011, de 25 de abril.

El motivo se desestima.

TERCERO.- Motivos segundo al quinto del recurso.- *Inexistencia del carácter de cuenta especial, efectivo ingreso de todas las cantidades abonadas, su carácter obligatorio y la responsabilidad del Banco, respecto a la cuenta corriente n° 0007571800062430 hoy cuenta n° 0000000000000000*

Se abordan conjuntamente por su íntima relación y para evitar repeticiones innecesarias; y así, deben rechazarse las alegaciones al respecto, por las siguientes razones:

1ª) Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo - Sala Primera, de lo Civil, de 21 de Diciembre de 2015, Nº 733/2015, Recurso:2470/2012 más recientes y de mejor aplicación que las citadas por la apelante, <<..La jurisprudencia de esta Sala sobre la Ley 57/1968, conformada sobre todo a raíz de las situaciones creadas por la crisis económica y financiera (promotores en concurso y compradores que habían anticipado cantidades pero no iban a recibir las viviendas), está presidida por el rigor con el que dicha ley, anterior a la Constitución, protegía a los compradores de viviendas para uso residencial, rigor que la Constitución no vino sino a reforzar en sus arts. 47 (derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada) y 51 (defensa de los consumidores y usuarios) - STS, de Pleno, de 20 de enero de 2015 (recurso nº 196/2013).

Más en particular, por lo que se refiere a la cuenta especial en la que han de « depositarse » las cantidades anticipadas, la sentencia de 16 de enero de 2015, también de Pleno (recurso nº 2336/2013), distingue, a efectos de la responsabilidad a que se refiere el art. 1 de la Ley 57/1968 , entre la entidad que concede al promotor el préstamo a la construcción con garantía hipotecaria y aquella otra en que se ingresan las cantidades anticipadas, que es la que debe responder frente al comprador; la sentencia de 13 de enero de 2015, asimismo de Pleno (recurso nº 2300/2012), declara que « el hecho de no haber ingresado el comprador las cantidades anticipadas en la cuenta especial no excluye la cobertura del seguro, dado que es una obligación que se impone al vendedor »; y la sentencia de 30 de abril de 2015 , igualmente de Pleno y sobre un recurso contra sentencia precisamente de la Audiencia Provincial de Burgos (recurso nº 520/2013), es decir de la misma cuyo criterio se invoca en el presente recurso, resuelve que la Caja de Ahorros avalista debía responder frente a los cooperativistas de viviendas no solo de los pagos anticipados ingresados en la cuenta especial, como se decía en el aval, sino también de los ingresados en una cuenta diferente del promotor en la misma entidad.

Pues bien, la aplicación de la línea inspiradora de esta doctrina jurisprudencial al presente recurso determina que proceda su estimación, porque la « responsabilidad » que el art. 1-2ª de la Ley 57/1968 impone a las entidades de crédito desmiente su carácter de

terceros ajenos a la relación entre comprador y vendedor. Antes bien, supone la imposición legal de un especial deber de vigilancia sobre el promotor al que concede el préstamo a la construcción para que los ingresos en la única cuenta que tenga con la entidad, especialmente si provienen de particulares como en este caso, sean derivados a la cuenta especial que el promotor deberá abrir en esa misma o en otra entidad pero, en cualquier caso, constituyendo la garantía que la entidad correspondiente habrá de « exigir ». En suma, se trata de una colaboración activa de las entidades de crédito porque de otra forma, como razonan las sentencias de Audiencias Provinciales citadas en el motivo, bastaría con recibir los ingresos de los compradores en una sola cuenta del promotor, destinada a múltiples atenciones, para que el enérgico e imperativo sistema protector de los compradores de la Ley 57/1968 perdiera toda su eficacia. Por esta razón, aunque sea cierto, como considera la sentencia impugnada, que la promotora podía haber concertado seguro o aval con otra entidad, en cambio no es acertado entender que, constando incluso en el propio documento de ingreso el destino o razón de las cantidades anticipadas (« reserva de vivienda y 20% vivienda »), de esto no se derivara « obligación legal alguna » para la entidad de crédito codemandada. Muy al contrario, precisamente porque esta supo o tuvo que saber que los compradores estaban ingresando cantidades a cuenta del precio de las viviendas de la promoción, tenía la obligación legal de abrir una cuenta especial y separada, debidamente garantizada, y por no haberlo hecho incurrió en la responsabilidad específica que establece el art. 1-2ª de la Ley 57/1968.>>., lo que trasladado al presente caso, confirma, a partir del hecho probado , esto es, que el director de la sucursal sabía que las cantidades que se ingresaban en dicha cuenta eran para construir y que el objeto social de BITANGO era la promoción y construcción y el de la comunidad de bienes Sanchinarro era el de la construcción, así como saber que los hermanos ●●● constituían comunidades de bienes para la promoción inmobiliaria, y siendo claro que los compradores estaban ingresando cantidades a cuenta del precio de las viviendas de la promoción, tenía dicha entidad bancaria la obligación legal de abrir una cuenta especial y separada, debidamente garantizada, y por no haberlo hecho incurrió en la responsabilidad específica que establece el art. 1-2ª de la Ley 57/1968., cuya cuantía está documentada y no ha sido desvirtuada.

2ª) No existe por tanto exención de responsabilidad por el hecho de no haberse constituido como cuenta “especial”, al atribuirse a la entidad bancaria, de acuerdo con la anterior doctrina y jurisprudencia, la obligación de articular la misma no sólo con esa

denominación a efectos de identificación acorde con la normativa vigente apuntada, sino dotarla de las garantías expresamente previstas.

3ª) Respecto al efectivo ingreso de tales cantidades en la misma, de acuerdo con los hechos probados antes reseñados y el sustento fáctico en el que se fundan, desvirtúan el argumento de la apelante al respecto, sumándose el extremo de que tal cuestión no fue objeto de debate formalmente ni se invocó como hecho controvertido, lo que supone introducir una fáctica “ex novo”, que debe rechazarse, por la imposibilidad de defensa de la parte demandante, y por ende, con quiebra del tradicional principio “pendente appellatione nihil innovetur”, cuestión que evidentemente se sustrae de la debida contradicción de la demandada en primera instancia, con la consiguiente indefensión, proscrita por nuestro ordenamiento, y grave afectación de los principios de audiencia y contradicción al propiciar la indefensión de la parte contraria a la que se ha privado de su derecho a contra-alegar y proponer prueba sobre cuestiones que no fueron oportunamente aducidas en la fase de alegaciones de la anterior instancia, en que quedaron definitivamente delimitados los términos del litigio (SSTS 14 de octubre de 1991 y 21 de abril de 1992, de 13 de Diciembre de 1952 y 3 de Abril de 1993, entre otras y STC 28 de septiembre de 1992), por ser cuestión nueva, como dicen las sentencias del TS de 8 de marzo de 2001, 30 de marzo de 2001, 31 de mayo de 2001, 21 de abril de 2003, 17 de enero de 2005, fijando una doctrina citada por el Tribunal Supremo Sala 1ª, en sus sentencias de 7 de marzo de 2006, núm. 197/2006, rec. 2264/1999 y 29 de mayo de 2006, núm. 533/2006, rec. 3361/1999.

Todo lo anteriormente expuesto lleva a colegir la desestimación del recurso, confirmando la sentencia apelada

CUARTO.- Costas de esta alzada.-

Se imponen a la apelante por la desestimación de su recurso, al amparo del artículo 398 de la L.E.C.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia fue hecha pública por los Magistrados que la han firmado. Doy fe. En Madrid, a